

# 离婚协议中的“赠与子女财产” 条款研究

陆 青<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**针对离婚协议中的“赠与子女财产”条款，主流理论和实践在肯定其具有“赠与”性质的前提下，就其能否适用合同法第186条关于赠与合同的任意撤销权的规定，产生诸多争议。通过考察离婚协议中财产处理约定的整体性可以发现，此类条款在性质上属于夫妻婚姻关系解除下的财产清算协议，虽名为“赠与”，实则缺乏赠与的意思，不应界定为赠与协议，进而可以排除合同法第186条的适用。作为身份法上的“离婚财产清算协议”，离婚协议中的“赠与子女财产”条款涉及多方利益之平衡，须综合考察夫妻之间的财产清算关系、夫妻针对子女的为第三人利益合同关系、对外与债权人的关系三重维度以确定具体法律适用规则。

**关键词：**离婚协议 赠与 任意撤销权 离婚财产清算协议 为第三人利益合同

---

## 一、问题的提出

2015年12月4日，最高人民法院公布“用公开促公正，建设核心价值”主题教育活动婚姻家庭纠纷典型案例，<sup>[1]</sup>其中“于某某诉高某某离婚后财产纠纷案”涉及离婚协议中的财产“赠与条款”（任意撤销）问题，记录如下：

### （一）基本案情与典型意义

于某某与高某某于2001年11月11日登记结婚，婚后于2003年9月生育一子高某。因感情不和，双方于2009年9月2日在法院调解离婚。双方离婚时对于共同共有的位于北京市某小区59号房屋未予以分割，而是通过协议约定该房屋所有权在高某某付清贷款后归双方之子高某所有。2013年1月，于某某起诉至北京市东城区人民法院称：59号房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至高某名下，即还未实际赠与给高某，目前还处于于某某、高某某共有财产状态，故不计划再将该房屋属于自己的部分赠与高某，主张撤销之前的赠与

---

<sup>\*</sup> 浙江大学光华法学院副教授。

本文为浙江省人文社科重点研究基地浙江工商大学法学基地委托项目“身份与财产交叉法律问题的实证研究”的阶段性成果。

[1] “最高人民法院12月4日公布婚姻家庭纠纷典型案例”，见最高人民法院官网 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html>，2017年7月7日最后访问。

行为,由法院依法分割59号房屋。高某某则认为:离婚时双方已经将房屋协议赠与高某,正是因为于某某同意将房屋赠与高某,本人才同意离婚协议中其他加重自己义务的条款,例如在离婚后单独偿还夫妻共同债务4.5万元。本人认为离婚已经对孩子造成巨大伤害,出于对未成年人的考虑,不应该支持于某某的诉讼请求。

北京市东城区人民法院认为:双方在婚姻关系存续期间均知悉59号房屋系夫妻共同财产,对于诉争房屋的处理,于某某与高某某早已达成协议,且该约定系双方在离婚时达成,即双方约定将59号房屋赠与其子是建立在双方夫妻身份关系解除的基础之上。在于某某与高某某离婚后,于某某不同意履行对诉争房屋的处理约定,并要求分割诉争房屋,其诉讼请求法律依据不足,亦有违诚信。故对于某某的诉讼请求,法院不予支持。北京市东城区人民法院于2013年4月24日作出(2013)东民初字第02551号民事判决:驳回于某某的诉讼请求。北京市第二中级人民法院于2013年7月11日作出(2013)二中民终字第09734号判决:驳回上诉,维持原判。

“于某某案”作为典型案例被公布时,揭明的“典型意义”如下:本案中双方争议的焦点是在离婚协议中约定将夫妻共同共有的房产赠与未成年子女,离婚后一方在赠与房产变更登记之前是否有权予以撤销。在离婚协议中双方将共同财产赠与未成年子女的约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等内容互为前提、互为结果,构成了一个整体,是“一揽子”的解决方案。如果允许一方反悔,那么男女双方离婚协议的“整体性”将被破坏。在婚姻关系已经解除且不可逆的情况下,如果允许当事人对于财产部分反悔,将助长先离婚再恶意占有财产之有违诚实信用的行为,也不利于保护未成年子女的权益。因此,在离婚后一方欲根据合同法第186条第1款之规定单方撤销赠与时,亦应取得双方合意,在未征得作为共同共有人的另一方同意的情况下,无权单方撤销赠与。

## (二) 评析

在指导性案例、公报案例之外,公布的典型案例要真正对司法实务发挥某种参考或指引作用,须结合案件事实,在规范层面作出清晰梳理和论证。仔细分析本案“典型意义”,笔者尚存有如下困惑:

“典型意义”中认为,案件的焦点是“在离婚协议中约定将夫妻共同共有的房产赠与未成年子女,离婚后一方在赠与房产变更登记之前是否有权予以撤销”,并最终否定了原告于某某主张单方撤销赠与行为和对房屋进行共有物分割的诉求。其论证理由主要为三点:第一,强调离婚协议的整体性。第二,强调当事人为离婚而订立赠与条款,事后单方悔约“有违诚信,也不利于保护未成年子女权益”。第三,认为对于夫妻共同财产的赠与,“根据合同法第186条第1款之规定单方撤销赠与时亦应取得双方合意,在未征得作为共同共有人的另一方同意的情况下,无权单方撤销赠与”。上述三点理由,其实都有商榷的空间。

对于第一点理由,值得思考的是,究竟该如何理解离婚协议中所谓“一揽子”解决方案。“典型意义”指出,离婚协议中诸多条款“互为前提、互为结果,构成了一个整体”,而当事人的反悔行为将导致这种整体性的破坏。那么,所谓“整体性不得破坏”该如何理解?“典型意义”尽管对离婚协议中所反映出来的“整体性”进行了现象层面的描述,但却未建构出清晰的规范适用逻辑。对于第二点理由,值得考虑的是,尽管从朴素的感情出发

或许可以认为,当事人一旦作出承诺而事后又予以撤销,属于“出尔反尔,有违诚信”的行为,但合同法之所以规定赠与合同的任意撤销权,目的在于就无偿的财产转让行为,允许赠与人在权利终局移转之前进行审慎权衡和判断。而假设认为离婚协议中的赠与行为可以适用合同法第186条第1款的规定,那么,所谓的“事后反悔”也就具有了法律上的正当性,足以对抗诚信和未成年人保护上的责难。对于第三点理由,“典型意义”并未直接论述此类赠与条款是否可以适用合同法第186条的规定,而只是退而求其次地指出,即使适用该条规范主张撤销,也必须征得共同共有人的同意。然而,尽管共有物的处分必须经得全体共有人同意,但事后一方若依法行使任意撤销权,理论上反而会因其单方的撤销行为影响到之前双方所达成的共同处分合意。为何要反过来认为,因处分行为必须共同作出,所以否定此处分的行为也必须共同作出?其法理依据何在?

就最高法院公布案例对司法审判的参考、指引或示范意义而言,上述三方面的理由尚无法归纳和抽取出一个更具一般意义的审判思路,“现象描述有余,规范建构不足”。之所以产生这样的问题,在于本案“典型意义”的提炼并未直接围绕核心法律问题——“离婚协议中的所谓‘赠与(子女)财产’条款是否可以适用合同法第186条的任意撤销权规定”展开论述。要解决这一核心问题,关键在于解决离婚协议中此类“赠与条款”的定性问题。易言之,镶嵌在离婚协议中的“赠与条款”,究竟形成何种协议的规范构造,其与离婚协议中其他条款存在何种关系,此类约定在夫妻之间和相对于子女又分别存在何种拘束效力,这些问题均值得作更深层次的论证梳理。

## 二、定性为“赠与”的法律适用困境

针对离婚协议中的“赠与子女财产”条款产生的纠纷,常见类型有两类:一类如本文所评述的“于某某案”,由赠与人起诉要求撤销“赠与”;另一类是受赠子女根据离婚协议诉至法院,要求赠与人(父母或其一方)协助办理房屋过户手续。司法实践中关于离婚协议中的“赠与子女财产”条款能否撤销的诸多纠纷,争议焦点基本都集中在此类条款能否适用合同法关于赠与合同的任意撤销权规定。但无论是持肯定说还是否定说,其逻辑前提往往是将离婚协议中的“赠与子女财产”条款定性为“赠与”,这在“于某某案”中也不例外。在此基础上,又产生法律适用上的诸多争议。

### (一) 能否适用合同法

合同法第2条第2款规定:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”就此,一种可能的审判思路是将离婚协议中包含的“赠与子女财产”条款界定为“有关身份关系”的赠与协议,<sup>[2]</sup>进而排除合同法的适用可能。

笔者认为,理论和实务在理解“有关身份关系的协议”时,往往并不严格区分纯粹意义上的“身份协议”和“身份与财产关系交织的协议”。事实上,前者仅以身份关系的产生、变更和消灭为内容,无涉财产关系,自然无须适用合同法来加以调整。实践中争议更

[2] 参见吕春娟:《离婚协议中赠与方不得行使任意撤销权的探讨——兼评〈婚姻法司法解释(三)〉第6条》,《天津法学》2012年第4期,第35页。

多的恰恰在于后者,即那些身份与财产关系交织的协议,比如夫妻之间约定“违约金”的忠诚协议、夫妻间财产赠与协议。此时,若将前述规则简单理解为“身份协议不适用合同法”,那么,对于这种处在一定身份关系下涉及财产内容调整的协议,往往不得将其牵强地归类到“身份协议”或“财产协议”,进而得出能否适用合同法的结论。这多少有将复杂问题简单化的嫌疑。

事实上,对于合同法第2条“适用其他法律的规定”,理论上存在三种不同的解释:一是认为婚姻等有关身份关系的协议完全排除了合同法的适用可能,而“只能”适用其他法律规定。此种观点往往同时主张合同法仅限于财产关系的调整。<sup>〔3〕</sup>第二种是在否认适用合同法的情况下,将有关身份关系的协议理解为法律行为的下位概念,进而适用民法通则或民法总则关于法律行为的相关规定。<sup>〔4〕</sup>第三种是理解为身份关系的协议适用其他法律的规定,但在其他法律没有规定的情况下,依然可以适用或比照、参照适用合同法的规定。<sup>〔5〕</sup>笔者认为,第三种理解相对更有说服力。一则合同法第2条并未排除该法适用于有关身份关系协议的可能。从该条对“合同”所作定义可知,其所调整的合同关系为“民事权利义务关系”,并未限定于财产性权利义务关系,这为合同法的规范介入留下余地。二则条文本身仅提到适用其他法律规定,但未直接说明,在不存在其他法律规定的情况下能否适用合同法。三则我国合同法中的诸多规范,包括其“总则”部分的规范,实际上也未必仅局限于对财产关系的调整,而是将合同作为体现意思自治的典范,直射其更为上位的法律行为的规范空间。这点,从合同法对民法通则中民事法律行为诸多规则的修改上可见一斑。<sup>〔6〕</sup>因此,以离婚协议中的“赠与条款”“有关身份关系”,不能直接得出排除合同法及其赠与合同规定的结论。

## (二) 能否适用婚姻法

根据合同法第2条第2款的规定,若要排除合同法中赠与合同规则的适用,一种可能的思路是在“其他法律规定”中寻找更直接的适用规则。具体来说,若婚姻法针对离婚协议中的“赠与条款”有专门规定,那么自然也就无须考虑合同法的适用问题。

婚姻法第31条规定,“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理的,发给离婚证。”第39条第1款规定,“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾子女和女方权益的原则判决。”“于某某案”中的“赠与”约定,属于此处的“夫妻共同财产处理协议”。令人遗憾的是,对此类协议如何规范,婚姻法没有作进一步的规定。另外,“离婚协议”作为规范语言,还

〔3〕 参见王玉梅:《合同法》,中国政法大学出版社2014年版,第2页。

〔4〕 参见梁慧星:《怎样进行法律思维》,见中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=3110>, 2016年5月24日最后访问。

〔5〕 参见王利明:《合同法》,中国人民大学出版社2015年版,第15页。

〔6〕 朱广新将合同法第2条第2款界定为特别性规范而非例外性规范,进而主张有关身份关系的协议在其他法律无明确规定时依然可以参照适用合同法,一个核心理由在于合同法关于“合同的效力”等规定比民法通则关于“民事法律行为”的规定更为完备可取。参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第10页以下。尽管新出台的民法总则在“民事法律行为”部分大量修改了之前民法通则的规定,同时也意味着在未来民法典的框架下,合同法“合同的效力”部分也可能有大的调整或删减,但一则对现有合同法条文规范意旨的解读,不能完全脱离立法时的规范体系,二则即使未来立法对合同法该部分内容加以修改,在涉及合同订立、解除、违约责任以及分则中关于委托、赠与等规则时,在其他法律没有特别规定的前提下,依然存在着适用合同法的空间。

出现在《婚姻登记条例》第11条第3款。其中提到，离婚协议书应包含“双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产债务处理等事项协商一致达成的协议或者意见”，但同样没有直接处理此类协议如何规范的问题。

值得注意的是，如果我们将“其他法律规定”延伸到婚姻法相关司法解释的话，将看到两处相对更直接的规定。这两处规定或多或少影响着司法实务对于离婚协议中约定的“赠与”条款的审判思路。

#### 1. 能否适用“婚姻法解释二”第8条、第9条

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（下称“婚姻法解释二”）第8条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”第9条规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。”在讨论“于某某案”相关的离婚协议中“赠与子女财产条款能否撤销”问题时，就有实务观点认为，“婚姻法解释二”第8条充分说明，经过婚姻登记机关确认的离婚协议具有确定的（不可撤销的）效力，而第9条表明，法院只能审查财产分割协议是否存在欺诈、胁迫等特定情形，除此之外，当事人双方均不能就离婚协议内容进行撤销。因此，离婚协议中的赠与子女房屋条款，可直接适用前述规定驳回当事人要求撤销的诉讼请求。<sup>[7]</sup>

笔者对此有不同看法。首先，“婚姻法解释二”第8条提到夫妻财产分割协议“对男女双方具有法律拘束力”，但当事人主张撤销赠与，并不意在否定协议本身具有法律上的拘束力，而是在承认赠与合同有效的情况下主张任意撤销权。其次，第8、9条针对的“财产分割协议”在外延上小于《婚姻登记条例》中的“财产债务处理等事项”达成的协议，“分割”一词似乎仅指向夫妻共同财产的分割事项，并不包括夫妻将共同财产未予分割而赠与他人（子女）的情形，也无法涵盖夫妻一方“赠与”对方财产的情形。再次，第8、9条重在规制离婚时夫妻双方的财产分割协议是否存在意思表示瑕疵（有无欺诈、胁迫等情形）——这也恰恰是关于此类协议的纠纷仅允许法院在当事人离婚后一年内予以受理的原因（合同撤销权的除斥期间为一年）。而如果当事人主张依据赠与合同规则行使任意撤销权，显然该撤销事由与欺诈、胁迫等撤销事由截然不同。因此，若承认当事人所签订的“赠与条款”的确属于赠与性质，那么，对其直接适用财产分割协议的审判逻辑显然是值得商榷的。

#### 2. 能否适用“婚姻法解释三”第6条

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（下称“婚姻法解释三”）第6条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第186条的规定处理。”那么，该项规定能否为离婚协议中的“赠

[7] 参见吴卫义、张寅编著：《婚姻家庭案件司法观点集成》，法律出版社2015年版，第510页。有实务观点认为，“婚姻法解释二”第8条强调离婚协议中财产分割条款的法律拘束力，属于特别规定，应优先于合同法第186条的规定予以适用。参见吴晓芳主编：《婚姻家庭、继承案件裁判要点与观点》，法律出版社2016年版，第144页以下。

与”条款问题提供新的审判思路,据此得出其适用或不适用合同法第186条的结论?

严格来说,离婚协议(包括其中的赠与约定)签订之时,依然属于“婚姻关系存续期间”,因此,离婚协议中的赠与约定似乎可以适用“婚姻法解释三”第6条的规定。即使我们不采取这样的观点,将离婚协议与婚前或者婚姻关系存续期间签订的赠与协议作严格区分,前条规定似乎依然具有解释上的指引意义。既然处在夫妻关系下的夫妻间财产赠与可以适用合同法第186条,能否认为同样与身份关系相交织的离婚协议中的“赠与子女财产”条款,可以类推适用该条的规定呢?

对此,笔者持不同意见。首先需要说明的是,针对“夫妻间赠与”条款的规范适用,不少学者对解释第6条提出批评或质疑。有的认为,在婚姻家庭生活中,赠与行为对于促进家庭成员和睦、鼓励奉献精神、减少家庭矛盾等起到积极作用,因此应将夫妻间赠与的任意撤销权调整为法定撤销权。<sup>[8]</sup>有的认为,应区分夫妻财产约定和夫妻财产赠与,前者与夫妻身份密切相关,具有附随身份的特性,而后者内容及效力均与夫妻身份无关。夫妻之间订立的内容不明确的房产变动协议,其性质应推定为夫妻财产约定,进而排除解释第6条的适用。<sup>[9]</sup>有的则认为,夫妻之间给与不动产约定的性质,应当结合当事人的意图与夫妻财产制予以判断:通常情形,应当认定该约定为夫妻财产制契约,若夫妻之间明确表示该约定为赠与,或者夫妻之间在想到离婚的可能性后仍然作出此种给与约定,则该约定可以认定为赠与合同。<sup>[10]</sup>不同观点之所以主张排除或限缩“婚姻法解释三”第6条的适用范围,往往是考虑到婚姻状态下夫妻财产关系的特殊性,进而试图厘清“夫妻间赠与”与夫妻财产约定制的规范边界。如果我们仔细考察婚姻法的规范框架,可以发现,婚姻法第三章涉及“家庭关系”,“离婚”则作为独立的第四章内容,两种身份关系的规范定位并不相同。婚前或婚姻关系存续期间的财产赠与,性质上属于“家庭关系”的调整范畴,而离婚协议中的财产“赠与”,涉及的是“离婚”阶段的法律关系。尽管从时间上看,离婚协议中的“赠与子女财产”条款也是在婚姻关系存续期间即尚未离婚时所作成,但其生效时间为离婚时。因此,不能按照字面意思,将离婚协议中的“赠与子女财产”条款纳入到“婚姻法解释三”第6条的涵摄范围。而本文第三部分把离婚协议中的“赠与子女财产”条款进一步明确为“婚姻解除后的财产清算协议”,则说明两类协议在内容和功能上的差异。

### (三) 能否适用合同法第186条第2款

合同法第186条第2款规定,具有社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,不适用任意撤销权的规定。对于离婚协议中的“赠与子女财产”条款,一般不涉及社会公益,但能否以属于道德义务性质的赠与或类推经过公证的赠与而排除当事人的任意撤销权呢?

#### 1. 是否属于道德义务性质的赠与

关于道德义务性质的赠与,全国人大法工委的《合同法释义》中解释为:“履行道德义

[8] 参见赵玉:《司法视域下夫妻财产制的价值转向》,《中国法学》2016年第1期,第220页。

[9] 参见许莉:《夫妻房产约定的性质与法律适用——基于我国约定夫妻财产制的考察》,《浙江工商大学学报》2015年第1期,第55页以下。

[10] 参见冉克平:《夫妻之间给予不动产约定的效力及其救济——兼析〈婚姻法司法解释(三)〉第6条》,《法学》2017年第11期,第154页以下。

务性质的赠与，由于当事人之间有着道义上的因素，如果允许赠与人任意撤销，则与道义不符。因此，此类赠与也不得由赠与人任意撤销”。<sup>〔11〕</sup> 实践中离婚协议中的赠与条款，受赠对象往往是配偶另外一方或者子女、家人，是否可以认定为道德义务性质的赠与而直接否定赠与人的任意撤销权呢？<sup>〔12〕</sup>

一般认为，履行道德上的义务而为之赠与仍不失赠与属性。真正困扰实务的，在于如何界定此种义务。史尚宽认为，“何谓道德上义务，例如虽无扶养义务之人，对于其亲属为扶养给付，生父对于婚外子女，虽未经认领或未经判决确定其为生父……，而为抚养费之约束，于灾难之际以慈善或为公益之目的而为施舍。依其情形，为其亲属或长期之被雇人所为之扶助及保险，亦为道德上之义务。对于重要而无偿之劳务或救护工作之酬给亦然。所谓道德上义务，不应狭义的解释，迫于人类连带责任感之给与，亦应解释在内。所谓报酬的（谢礼的）赠与或相互的赠与，于礼俗认为必要之范围内，应解释为道德上义务之履行。”<sup>〔13〕</sup> 由是可知，所谓“道德上义务”指涉并非应当承担真正的法律上义务，而是从伦理秩序或者人情风俗的角度观察，对于社会道义发生正向促进作用的义务。所以，对是否存在道德义务的判定，往往需要结合个案作具体情境下的分析。尽管在生活实践中，尤其是在中国的传统家庭伦理之中，父母往往会在情感上出于子女成家立业上的考虑向后者提供房屋或必要的经济资助，甚至可能把这种安排提前到子女未成年时，但似乎不能在一般意义上认为夫妻存在向子女给与房屋或其他财物的“道德上的义务”。<sup>〔14〕</sup> 即使在离婚纠纷中，父母或其中一方可能会基于对子女的愧疚之情，在履行法定的抚养义务之外，向成年或未成年子女提供房屋等更好的物质保障，但这种安排似乎也更应局限在行为动机上予以考量，而不能得出离异父母对子女存在提供此类财物的“道德上义务”的一般结论。如果子女已经独立成家，认定存在此类“道德上义务”显然更为困难。因此，尽管不排除在个案中可以结合父母的财产状况和子女的生活需求等因素，从社会伦理上探讨是否存在“道德上义务”的空间，却无法在规范层面为本文所讨论的离婚协议下的“赠与子女财产”条款提供一般意义上的结论。更为重要的是，“道德上义务”的审判视角更多集中在父母与子女关系的维度去寻求审判结论，而相对忽略了此类条款镶嵌在离婚协议之中所带来的复杂语境。换句话说，它无法清晰解释此类条款在达成离婚协议的夫妻之间究竟形成何种法律关系。

## 2. 能否类比经过公证的赠与

合同法第186条规定，经过公证的赠与合同不得任意撤销。能否进一步认为，离婚协议

〔11〕 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2013年版，第310页。

〔12〕 参见前引〔7〕，吴卫义等编著书，法律出版社2015年版，第510页（认为离婚协议中的赠与因其道德义务性，故不得任意撤销）；向前、朱凡：《离婚协议中夫妻间赠与约定的法律适用》，载国家法官学院编：《全国专家型法官司法意见精粹》，中国法制出版社2017年版，第156页（针对离婚协议中的夫妻间赠与，认为婚姻家庭内部的赠与并不一定具有道德义务性质，但以下两种赠与具有道德义务性质：（1）婚姻关系存续期间一方依靠对方扶养，双方对于离婚后继续扶养的约定；（2）受赠人在婚姻关系存续期间因为协助一方工作、照顾老人和子女付出较多义务，但无法基于婚姻法第40条请求经济补偿，夫妻共同财产分割亦未能体现其家务劳动价值下的赠与）。

〔13〕 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第123页以下。

〔14〕 “婚姻法解释二”第22条将父母为子女结婚购置房屋出资的行为认定为对一方或双方的赠与，也并未在一般意义上认为此类赠与属于父母在履行“道德上的义务”。笔者在北大法宝中搜索该条下相关的46个案例（截至2017年9月9日），也均无判决认为此类赠与涉及“道德上的义务”。

经过公权力机关（婚姻登记机关）的备案，更加不能被任意撤销？<sup>〔15〕</sup>经过公证的赠与合同表明当事人对赠与意愿进行了慎重的考虑。全国人大法工委的《合同法释义》中提到，在合同法草案四次审议稿中规定“采用书面形式订立的赠与合同，不适用前款规定”，后将“采用书面形式”改为“经过公证”，盖“采用书面形式订立的赠与合同，也难免有因一时情感因素而有欠考虑的情况，而经过公证的赠与合同，不能再说不慎重，为了平衡赠与合同双方的利益，作了上述修改”。<sup>〔16〕</sup>那么，举轻以明重，能否认为，当事人在离婚协议中的安排比公证书更为慎重，因此更加不能被任意撤销？笔者认为，合同法第186条并没有采取通常容易使用的“……等”之类的开放表述，而是封闭式地仅提到了特定的三种类型，因此不宜对该条中的类型进行扩张或类推适用。更何况，类型设定的背后的确可能有各种规范理由的考虑，但这种考虑更多是立法者进行价值衡量的因素，而不能倒过来认为，公证过的赠与合同或者离婚协议中的“赠与”条款一定是当事人的慎重或不慎重的决定。虽然离婚协议经过公权力机关的备案，这或许可以用来说明离婚协议中的财产约定与公证文书一样具有法律上的执行力，却与赠与人能否撤销赠与没有直接的关系。<sup>〔17〕</sup>

### 三、“赠与子女财产”条款定性上的批判和重构

通过上文对离婚协议中“赠与子女财产”条款法律适用的讨论可知，尽管表面上看，通过解读婚姻法和合同法的诸多规定，产生多种排除“赠与人”任意撤销权的审判进路，但前述审判进路在法律解释上均有不足之处，无法得出令人信服的答案。之所以产生法律适用上的困境，最根本的原因在于对于离婚协议中的“赠与”条款与离婚协议的整体关系未作清晰的梳理。“于某某案”的“典型意义”中也未对这种“互为前提、互为结果”的整体性作出法律构造上的评价和定性，因此无法跳出“赠与”条款能否适用合同法第186条的困境。对于这种“整体性”形成的法律关系，有必要作更深入的梳理。

#### （一）围绕“赠与”的可能解释进路

合同法第186条并未明确排除附义务的赠与场合的任意撤销权。对于离婚协议中“赠与子女财产”条款和其他条款的关系，一种可能的解释路径是理解为合同法第190条所规定的附义务的赠与。但这种理解显然不符合“于某某案”的案件类型，盖即使理解为存在父母对子女的赠与关系，此时“赠与条款”显然并未对作为受赠人的子女设有负担。即使将作为离婚协议的相对人配偶一方必须接受离婚合意及其他财产和债务分配的约定作为一种“负担”，在赠与合同的逻辑下，配偶一方依然属于（共同）赠与人的身份，因此同样不符合附义务的赠与的定性。

〔15〕 前引〔7〕，吴卫义等编著书，第510页。

〔16〕 前引〔11〕，胡康生主编书，第310页以下。

〔17〕 实践中有观点认为，“如果当事人达成的赠与协议经过人民法院审查确认后制作成民事调解书，该调解书一旦生效即被赋予了和判决书同等的强制效力，其效力应该等同于或高于经过公证的赠与合同，双方当事人均必须履行”。参见吴晓芳：《〈婚姻法〉司法解释（三）适用中的疑难问题探析》，《法律适用》2004年第1期，第73页。对此观点，有法官认为，“合同法第186条仅规定公证形式的赠与合同不可任意撤销。认为经法院制作调解书的赠与也应适用合同法第186条的意见已经超出了法律适用的范畴。”参见前引〔12〕，向前等文，第148页。

那么,能否以某种法律行为附条件的结构来解释离婚协议中各条款间的关系,进而解决其规范适用上的问题。对此,一种解释路径是将案涉“赠与子女财产”条款定位为以夫妻双方婚姻关系的解除或登记离婚为生效条件。<sup>[18]</sup>但这种理论定性并不能解决本文所要讨论的问题。法律行为附条件的规范目的在于以条件的成就或不成就作为法律行为生效或不生效的制约因素。此处即使承认相关条款以离婚为生效条件,但要讨论的却并非赠与条款能否发生效力,而是在肯定条件成就(离婚)的前提下,当事人能否撤销已经有效的财产“赠与”约定的问题。相反,将离婚协议理解为是附条件的法律行为,即以财产赠与等约定之达成作为离婚协议(或离婚合意)发生效力的条件,<sup>[19]</sup>得出的结论也是类似的,即最多只能用来说明离婚协议因条件成就而生效的现象。而因为离婚合意一旦生效客观上无法逆转,显然也不能将离婚协议理解为离婚合意或财产赠与约定附解除条件的结构,因此同样无法得出当事人能否撤销“财产赠与行为”的结论。

进一步的思考是,我们能不能将离婚协议中的诸多约定(比如“于某某案”中高某某愿意将4.5万元夫妻共同债务作为个人债务)与房屋赠与子女的约定理解为彼此互为条件,以此来解释离婚协议中不同条款之间的整体联系。对此,需说明的是,一般而言,法律行为附条件原则上须由当事人明确作出约定。在离婚协议中,当然也允许当事人明确约定,比如,约定一方承担的债务以对方答应“赠与”子女房屋为条件。但在当事人没有作出此类约定的情况下,将离婚协议中诸多条款形成的法律关系理解为默示的条件结构,存在过度拟制的危险。正如本文后面将进一步分析的,离婚协议下的种种财产约定,在性质上属于对婚姻关系解除的法律后果的约定。不同条款间之所以形成整体联系,在本质上是因为婚姻关系解除后所产生的离婚财产清算关系的复杂性和整体性所致。另一方面,将离婚协议中的诸多约定均解释为彼此相连的条件结构,徒增法律关系的复杂性,无法在具体条款之间化解相关难题。

另一种解释路径是将离婚协议中的赠与条款解释为一种所谓的“目的赠与”。实务中就有观点认为,“鉴于离婚协议主要是为解除双方婚姻关系的目的而设,其所涉及的财产分割、子女抚育等均系出于解除双方身份关系的动机,因此,夫妻一方基于离婚事由将自己婚前的个人财产处分给子女方的行为,可认定是一种目的赠与行为……在双方婚姻关系事实上因离婚协议得以解除且离婚协议的其他内容均已履行的情况下,应视夫妻一方赠与财产的目的已经实现,故其赠与依法不能随意撤销。”<sup>[20]</sup>

实务中引入“目的赠与”的概念,意在强调赠与子女条款作为“目的赠与”,在其“目的达成”(即婚姻关系已被解除)的情况下,不能随意撤销。但这与传统民法所说的“目的赠与”在适用的方向上恰好相反。通常所说的“目的赠与”,是指赠与人之所以向受赠人无偿给与财产,意图在于追求某个特定目的的实现,而且受赠人自己也明确知悉该目的的存在,比如激发受赠人实施某个特定的行为。若赠与所追求的目的最终未能实现,赠与人可

[18] 类似的条件结构的规范表述可见“婚姻法解释三”第14条“以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议”。

[19] 参见肖峰、田源主编:《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》,法律出版社2017年版,第233页(提到有法院将离婚协议中夫妻的财产处分行为理解为是解除婚姻关系的条件,但对此论断并未有所展开)。

[20] 前引[7],吴卫义等编著书,第510页。

以“目的不达”作为请求权基础要求返还。<sup>[21]</sup>需要指出的是，一旦把前述条款解释为“为离婚目的而为（或才为）赠与”，事实上混淆了“离婚的原因”和“离婚的后果”两个不同层次的概念。如果离婚中的“赠与”是“以离婚为目的”的赠与，那么，同样的道理，离婚协议中达成的夫妻共同财产分割协议、债务分担协议，也均可理解为“以离婚为目的”而达成的协议。这显然违反了事物的本质，即上述条款均属对离婚后财产关系处理的约定，本身并非婚姻关系解除的原因。对离婚产生法律上直接影响的，应该是双方是否“自愿离婚”（婚姻法第31条）或“感情确已破裂”（婚姻法第32条），而非某种经济目的的实现。即使“赠与”背后的确存在着促成离婚合意达成的动机，这种动机不应上升到法律层面，使协议离婚的“自愿性”在法律评价上受到某种经济目的能否实现的捆绑或影响。最后，以“目的赠与”来理解“赠与子女财产”条款显然更不合适，盖作为“受赠人”的子女，并不需要通过特定行为的实施来满足或者达到作为“赠与人”的父母的特定目的。

## （二）为第三人利益合同的解释进路

对于离婚协议中的“赠与子女财产”条款，司法实践中也存在另一种审判思路，即跳出“赠与约定”的逻辑，将此类条款解释成“为第三人利益的合同”。这种观点认为，如离婚协议的双方约定一方特定财产归属子女，实际上是一方向对方允诺，将向子女给付指定财产；如约定双方共同财产归属子女，实际上是双方分别向对方允诺，将向子女给付夫妻共同财产。因此，离婚协议约定夫妻一方或双方财产归属子女，应视为夫妻一方或双方允诺向第三人给付，属于为第三人利益合同的范畴。<sup>[22]</sup>

或许有观点认为，为第三人利益合同的法律构造比较容易解释离婚协议中约定夫妻一方将其个人财产赠与子女的情形，而在“于某某案”中，涉及的是夫妻双方将共同财产处分给子女，此时把夫妻对共有财产处理上达成的合意“割裂地”看待为互为对方设定了向第三人履行的义务，法律关系的理解上难免相对复杂。而且，对于共同共有财产，夫妻任何一方均无独立的处分权，将共同处分行为拆分为相互之间的为第三人利益合同，似乎存在着过分拟制的危险。另外，对于合同法第64条是否规定或涵盖了为第三人利益合同的类型，理论上尚存在较大争议。<sup>[23]</sup>在这样的背景下，“赠与子女财产”条款是否合适纳入为第三人利益合同的构造，的确会产生一些顾虑。

[21] Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl., 2017, S. 166, Rn. 23. auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014, Rn. 387. 感谢浙江大学刘洋博士提供的德文资料。

[22] 参见常淑静、赵军蒙：《离婚协议中房产赠与条款的性质及效力》，《山东审判》2011年第4期，第87页以下。作者认为这是审判实践中一种常见的思路。对此，该文认为，“离婚协议中约定夫妻一方或双方财产归属子女，与向第三人给付合同相比，具有明显的不同：（1）属于附随合同，即离婚赠与乃离婚协议的组成部分或者附件；（2）第三人为子女，与订约双方当事人具有特定的身份关系；（3）如约定双方财产归属子女，则合同双方均须向第三人给付”。

[23] 有观点认为，合同法第64条没有明确第三人是否享有给付请求权，而仅规定了债务人向债权人承担违约责任，也即没有规定真正的利他合同（参见尹田：《论涉他合同——兼评合同法第64条、第65条之规定》，《法学研究》2001年第1期，第33页以下）。另有观点认为我国法关于利他合同存在规范漏洞（参见薛军：《利他合同的基本理论问题》，《法学研究》2006年第4期，第116页以下）。也有观点认为该条实际上包含了利他合同和第三人代债权人接受履行两种类型（参见王利明：《合同法研究》第2卷，中国人民大学出版社2003年版，第55页）。还有观点认为合同法第64条所规定的就是为第三人利益的合同，但在立法论上应进一步明确第三人对债务人有直接的请求权（参见崔建远：《为第三人利益合同的规格论——以我国〈合同法〉第64条的规定为中心》，《政治与法律》2008年第1期，第68页以下）。

对于这些顾虑,笔者有不同看法。笔者认为,在满足子女利益保护的前提下,肯定离婚协议中的“赠与子女财产”约定具有为第三人利益合同的法律构造,更清楚地揭示了离婚协议包括其中的所谓“赠与”约定的当事人依然是夫妻双方,而非子女。同时,在父母一方或者双方不履行协议的约定时,子女作为受有利益的第三人,可以以父母为被告,直接请求其履行协议的内容,保障其财产利益的实现。此种规范构造能更好地解释离婚协议中“赠与子女财产”条款的两重维度(夫妻之间、父母与子女之间)。至于夫妻对共同财产并无完全的单方处分权,毕竟不同于无处分权的情形,而应理解为夫妻各自对共同财产的处分权受有限制,而通过离婚协议中共同设定为第三人利益条款的合意,弥补了这种处分权限制上的影响。或许也可以认为,离婚必然导致共同关系的消灭,因此夫妻共同共有也将转化为按份共有。如此,在离婚协议中的“赠与子女财产”条款情形,夫妻双方实际上是为子女利益,约束彼此处分自己的份额。最后,尽管对于合同法是否存在为第三人利益合同的一般规范的确存在争议,但无论是借助立法完善还是解释上的拓展,不同学者均未否定为第三人利益合同本身在规范层面有其独立的制度功能。从意思自治的角度,也应允许当事人在家庭法等不同领域,从特殊的利益需求出发,约定为第三人利益合同的类型。

不过,现行理论关于为第三人利益合同的解释方案,尚没有清楚说明父母与子女的对价关系上的具体构成,而且这种解释方案仅仅立足于说明离婚协议当事人与子女之间的外部关系维度,无法在作为离婚协议当事人的夫妻关系维度,解释此类条款与离婚协议中的其他财产约定之间的整体联系。

### (三) 离婚财产清算协议的解释进路

考虑到前述解释方案存在的诸多问题,笔者认为,应回到事物的本质,重新审视离婚协议中相关“财产赠与”约定的核心功能。正如“于某某案”之“典型意义”揭明的那样,离婚协议中不仅包含了夫妻解除婚姻关系的合意,同时涉及子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等诸多内容。这些内容,事实上均为针对夫妻身份关系解除所作出的人身和财产关系上的安排。如果把夫妻关系理解为一种身份法意义上的继续性合同,<sup>[24]</sup>在笔者看来,可以借鉴合同解除后果(清算关系说)的理念,把离婚协议中的财产处理部分(包括给与子女财产)界定为“离婚财产清算协议”的范畴,并纳入到婚姻关系解除后的清算关系中予以综合考量,以此来解释所谓的离婚协议的整体性。

在对“离婚财产清算协议”进行理论建构之前,首先有必要对作为合同解除后果的“清算关系”本身作一些理论上的澄清。“清算关系”理论的提出,某种意义上是为解决“合同解除溯及地导致合同消灭”的传统理论存在的弊端。该理论认为,合同解除并不直接导致合同的消灭,而是导致原来的债的关系转化为某种“清算关系”(第二次的债的关系)。<sup>[25]</sup>在这种清算关系的框架下,不仅原本的给付义务转变为一种逆向的返还义务,而且“违约金、预定的损害赔偿或者定金,无论其为原本债之关系的变形或者延长,均得为‘清算关

[24] 关于夫妻财产关系的契约属性的一般性论述,可见张华贵主编:《夫妻财产关系法研究》,群众出版社2017年版,第13页以下。

[25] 关于解除后果以及“清算关系说”的讨论,详见陆青:《合同解除效果的意思自治研究:以意大利法为背景的考察》,法律出版社2010年版。

系’内容的组成部分”。<sup>[26]</sup>正是在此“清算关系”的分析框架下,有学者认为,合同法第98条所规定的“结算和清理条款”(被简称为“清算条款”)以合同解除场合最为典型,并可纳入“解除的效果”中加以讨论。<sup>[27]</sup>

不同于一般意义上的合同解除,婚姻关系解除(离婚)下的清算关系显然更为复杂,且在内容上并不局限于夫妻共同财产和债务的调整。婚姻共同体有其独立于财产经营之外的本身固有的缔结家庭和延续子嗣的更高目的。对于解除婚姻共同体下的后果安排,无论是否采取夫妻法定财产制,都不能仅局限于夫妻共同财产、债务的分割,还应把子女抚养、探视、对配偶一方的经济补偿、经济帮助甚至过错损害赔偿上的种种安排都纳入离婚清算关系的范畴作整体考量。唯有如此,才能真正体现婚姻法第31条将“子女和财产问题已有适当处理”作为颁发离婚证的前置要求的规范意图。

也许有学者会认为,针对夫妻离婚后的财产清算关系,婚姻法第40条规定夫妻约定分别财产制之下,一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿;第41条规定夫妻共同生活所负债务的清偿;第42条规定离婚时如一方生活困难,可以协议由另一方从其住房等个人财产中给予适当帮助;第46条规定特殊情况下的离婚损害赔偿制度。前述规定似乎表明,对于夫妻离婚时的财产清算关系,仅涉及以上法定义务相关的情形。但笔者认为,前述规定恰恰说明了离婚后财产清算关系在内容上的复杂性和多元性,而第41条、第42条明确提到允许当事人自行约定,显然赋予了当事人在离婚财产清算关系中更多的意思自治空间。更为重要的是,当事人通过约定的方式进行离婚财产清算,恰恰可以弥补我国婚姻法上离婚救济制度所存在的种种弊端。<sup>[28]</sup>正如理论和实务界指出的,我国婚姻法第40条将离婚经济补偿局限于分别财产制,而在共同财产制下仅依靠离婚共同财产的分割根本无法纠正夫妻间的权益失衡状态;<sup>[29]</sup>婚姻法第42条仅规定对离婚时生活困难一方的经济帮助制度,却未采外国法之通例,规定离婚后的夫妻扶养义务,同样存在“设计条件过苛、保护不力不足”的弊端;<sup>[30]</sup>而离婚损害赔偿制度在赔偿主体、赔偿范围、过错认定、举证责任等方面均存在不足之处。<sup>[31]</sup>正因如此,允许当事人在法定义务之外,以意思自治的方式作出其他财产处理上的安排,包括一方将个人财产(房屋等)给与对方来作出相应的经济补偿、经济帮助,甚至包括约定夫妻间的离婚扶养义务、扩张离婚损害赔偿的范围,都有着重要的实践意义和现实需求。<sup>[32]</sup>

当然,前述内容仅仅说明了在清算关系框架下离婚协议中不同约定的意义以及由此形

[26] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第541页。

[27] 同上书,第541页以下。

[28] 关于我国法上离婚救济制度(分为离婚经济补偿制度、离婚经济帮助制度和离婚损害赔偿制度三部分)的不足与反思,学界讨论众多。例如,夏吟兰:《离婚救济制度之实证研究》,《政法论坛》2003年第6期;王歌雅:《离婚救济制度:实践与反思》,《法学论坛》2011年第2期等。

[29] 参见康艳华:《离婚经济补偿制度的反思与矫正》,载前引〔12〕,国家法官学院编书,第328页。

[30] 前引〔24〕,张华贵主编书,第263页以下;冉启玉:《离婚扶养制度研究》,群众出版社2013年版。

[31] 参见许丽琴:《离婚损害赔偿制度探析》,《法学杂志》2009年第4期;薛宁兰:《我国离婚损害赔偿制度的完善》,《法律适用》2004年第10期。

[32] 在意大利法上,针对夫妻之间在离婚或别居时达成的一方“赠送”对方财产的条款,其最高法院就曾认为,即使此类条款被当事人“命名为赠与”,但其实际上是婚姻关系处于危机时对夫妻双方关系进行综合、系统调整的清算条款,进而排除其具有无偿赠与的属性。此种观点可供我国法在解释适用中借鉴。Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in Arch. civ., 2004, p. 1026; Cass., 14 marzo 2006, n. 5473.

成的复杂整体性，此处还须进一步解释为何将“赠与子女财产”条款同样纳入此种复杂的清算关系中予以考量。离婚后的清算关系，当然涉及子女问题的处理。离婚时父母对子女提供财产的安排，可能涉及诸多方面的原因。其中最直接相关的，是夫妻双方以所谓“赠与”的方式对子女抚养义务作出的具体约定。尽管我国婚姻法第21条第2款和第37条在条文表述上将抚养义务更多局限于给付抚养费以及离婚时支付生活费、教育费等具体内容，<sup>[33]</sup>但在笔者看来，婚姻法第21条第1款所规定的“抚养义务”并不完全等同于支付抚养费、生活费、教育费等义务。“抚养义务”本身，是指“父母抚育子女的成长，并为他们的生活、学习提供一定的物质条件”。因此，并不排除在实践中，当事人可以在离婚协议中约定履行抚养义务的具体方式，甚至通过“一次性给与（房屋或其他财产）”来履行相应的抚养义务。客观而言，父母对子女一次性提供房屋等具有重大财产价值的财物，相比定期性的金钱给付义务，往往在经济上更具有稳定性和确定性。此类“赠与子女财产”条款虽名为“赠与”，实则缺乏真正的赠与意思，更应理解为是父母（或其一方）从保障子女未来生活需要的角度出发，对抚养义务所作出的具体履行方式的安排。<sup>[34]</sup>对于此类安排，当然应理解为属于离婚（财产）清算关系的范畴。

需要指出的是，离婚协议中的“赠与子女财产”条款未必均涉及对子女抚养义务的安排，尤其是在离婚协议中夫妻双方已经就抚养义务的履行特别是生活费、教育费等支付有明确约定的情况下，很难认为当事人为子女提供进一步的财物上的支持依然属于履行抚养义务的范畴。特别是，对于实践中最为典型的夫妻离婚时赠与子女房屋的情形，夫妻考虑的往往不是抚养义务的履行问题，而是为了满足各种复杂的情感上或经济上的需求：弥补离婚对子女所带来的身心伤害、为子女未来婚嫁立业提前作出安排、对实际抚养一方提供居住等经济上的便利和保障、避免家庭财产随着一方未来组建新的家庭而外流、在存在多个子女的情况下将特定财产排除在继承范围之外。甚至于为避免夫妻双方离婚时就财产分割问题有太多争执，而通过采取赠与子女财产的方式达成某种妥协。对于这些给与子女财产背后的因素，一种可能的规范方案是结合个案一一加以具体定性（比如，是否存在和解等协议内容），但这样的处理方案往往过于牵强。盖事实上，作出此类财产安排的背后往往是各种复杂的情感、伦理、经济动因的综合考量，而与一般意义上的赠与子女财产（房屋等）不同，这种考量又必须落实在“离婚”这一特殊语境之中，并结合离婚协议中其他的人身、财产安排加以综合判断。因此，在笔者看来，离婚协议中的“赠与子女财产”条款，原则上应属于离婚清算关系的范畴，应界定为“离婚财产清算协议”。

综上所述，尽管实践中人们容易将夫妻共同财产分割之外的离婚财产处理安排表述为

[33] 《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》（法发〔1993〕30号）第8条规定，“抚育费应定期给付，有条件的可一次性给付”，第9条规定，“对一方无经济收入或者下落不明的，可用其财物折抵子女抚育费”，也没有明确提到在一般情形下，当事人可以其他财物（如房屋）来履行父母对子女的抚养义务。

[34] 在意大利法上，早期也有法院判决认为，支付抚养费为法定义务，具有某种强制性，并不允许当事人通过约定以提供房屋等方式来履行抚养义务。Cfr. Trib. Catania, 1° dicembre 1990, in Dir. fam. pers., 1991, p. 1010. 但更多判决认为，离婚或别居协议中给与子女房屋的约定，性质上并非赠与（即使当事人习惯于如此表述），而是以他种方式履行抚养义务。Cfr. App. Milano, 6 maggio 1994, in Fam. dir., 1994, p. 667; Trib. Vercelli, 24 ottobre 1989, in Dir. fam. pers., 1991, p. 1259; App. Torino, 9 maggio 1980, in Giur. it., 1981, I, 2, c. 19.

“赠与”（尤其是在涉及一方提供个人财产の場合），但在法律关系的认定上，不能拘泥于当事人的文字表述，而应考察离婚协议中清算关系的整体安排进行综合认定。以此来重新审视“于某某案”可以发现，在该案中，双方达成的“赠与”子女房屋的约定不仅包含着对未成年子女的抚养上的安排，且其与离婚协议中高某某所承担的4.5万元的债务及其他财产安排密切联系，因此该案中的“赠与”条款同样并非赠与，而属离婚财产清算协议。

#### 四、离婚协议中“赠与子女财产”条款的具体适用规则

离婚协议中“赠与子女财产”条款的具体法律适用规则，须结合夫妻关系、子女关系和外部债权人三个维度作更深入的分析。

##### （一）夫妻关系维度

首先，除离婚合意外，离婚协议中关于婚姻关系终止后的财产清算协议，与财产法上约定合同解除后果的清算关系协议，既有共性，又有差异。从共性上言，合同法第98条规定，“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”，即承认清算条款的相对独立性。在此意义上，离婚财产清算协议从离婚时发生效力，同样不因婚姻关系的解除而消灭。但合同解除后的财产清算关系的调整，目的在于在合同关系框架下，将双务合同的对待给付义务转变为逆向的对待返还义务，进而结合赔偿义务予以财产利益的清算。而离婚所涉及的清算关系显然更为复杂，不仅涉及夫妻共同财产和共同债务的处理，还涉及对配偶另一方的经济补偿、经济帮助、离婚过错损害赔偿、子女抚养费的承担，甚至在抚养费之外，为子女利益考虑提供更好的财产安排。此类离婚财产处理约定形成相互依存的牵连关系，比财产法上的对待给付合同的牵连性更为复杂，使其整体具有类似“混合协议”的特性。<sup>[35]</sup>

其次，须注意的是，“离婚协议的整体性”和“离婚财产清算关系的整体性”略有不同。前者意在强调离婚协议中关于财产关系的约定和关于身份关系的约定均存在某种程度上的关联性。但“离婚财产清算关系的整体性”还是应该与离婚协议中关于身份关系调整的内容相对独立。婚姻法第35条规定了离婚后婚姻关系的不可逆性。离婚协议中关于子女抚养、探视等与身份相关的内容约定，尽管某种程度上同样会影响当事人财产处理上的决定，原则上不宜受到财产清算关系事后调整的影响，以尽可能维持子女生活状态的稳定性。<sup>[36]</sup>但这种生活稳定性上的考量，最终目的是为了实现在子女利益的最大化，因此也不排除个案中法官可以从子女利益出发，就抚养、探视等问题进行重新权衡和安排。有疑问者，离婚协议中的各种财产清算约定，能否因一方事后违约不履行或出现客观上无法履行的情形，而导致相关约定的整体或部分解除？比如，在“于某某案”中，作为离婚协议主体的于某某不愿履行约定的房屋过户子女的义务，此时作为离婚协议另一方的高某某能否要求解除

[35] 参见前引[6]，朱广新书，第12页。

[36] 王剑波等：《协议离婚后对方隐藏夫妻共同财产的权利救济》，《人民司法（案例）》2017年第11期，第66页。该文指出：“协议离婚表征当事人双方的离婚合意及对于夫妻关系存续期间的财产和子女抚养等问题达成一致意见，如此，即便是一方在离婚后对方存在故意隐藏财产等情节的，离婚协议中涉及双方离婚、子女抚养等身份关系的条款均系有效，对于协议中涉及的财产分割则应当视具体情况予以界定。”

该财产处分给子女的协议，又或者就其承担的4.5万元债务提出履行上的抗辩？

对此，比较法上有所讨论。意大利司法实务认为，离婚时“赠与子女房屋”的协议实为对子女抚养义务的清偿方式的约定，而该义务并非来自夫妻离婚协议本身，属于夫妻都应当承担的法定义务的范畴，因此并不存在双务合同意义上给付之间的牵连性，故而不能适用违约解除制度（意大利民法典第1453条），也无法行使履行抗辩权（第1460条）。在我国法上，若“赠与子女财产”条款实际涉及子女抚养义务的履行，理论上应作类似的解释。但正如前文分析可知，实践中夫妻签订此类条款的原因可能多种多样。对于其他无涉子女抚养义务履行的约定，是否可以因一方违反离婚协议约定的义务或发生其他履行障碍而行使解除或抗辩的权利？对此，笔者认为也应得出否定的结论。离婚协议中的各种财产清算约定均应纳入到“清算关系”中进行整体考量，但这种“清算关系”上的整体联系与财产法上双务合同中两个对待给付义务之间的牵连性并不完全相同。比如，离婚协议中的夫妻债务清偿约定，尽管也与共同财产分割协议存在某种程度上的牵连，但在出现履行障碍时，更合理的处理方式并不是从离婚协议中抽离出相关条款予以解除，而是在强调相关协议对当事人双方具有法律上拘束力的同时，要求全面遵守相关协议约定。<sup>[37]</sup>对此，一个简单的理由在于婚姻关系客观上已无法“恢复原状”，因此解除离婚协议乃至其中的财产性约定没有意义，故而需要限制解除权。但这种理解过于含糊，盖婚姻关系的无法“恢复原状”并不意味着财产关系上同样无法恢复原状，进而再作清算上的重新安排。更何况，如果类推继续性合同终止的规范理念，离婚协议中的财产性安排，目的并不在于“恢复原状”或“溯及既往”，而在于“财产清算”。之所以要限制因个别条款上的违约而导致离婚协议或其中部分财产清算条款的解除，笔者认为更直接的理由在于“合同原则上不能部分解除”。因为离婚协议一旦生效，其中的离婚合意显然无法被解除，因此即使要解除，也只能是一个就财产清算部分的相关约定进行部分解除的逻辑。但部分解除的前提在于给付的可分性，<sup>[38]</sup>而“离婚协议的整体性”和“离婚财产清算关系的整体性”，强调的恰恰是相关条款之间的不可分割性。

再次，关于离婚财产清算协议的撤销问题。婚姻法第47条规定，“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”“婚姻法解释二”第9条则赋予当事人以欺诈、胁迫为由撤销财产分割协议的权利。<sup>[39]</sup>笔者认为，无论是夫妻共同财产的分割还是将共同财产或个人财产处分给子女的约定，在离

[37] 参见“原告李交弟与被告李中平合同纠纷案”，（2016）湘1381民初2205号（明确提到违反相关财产分割协议，属于合同违约，适用合同法第107条）。类似的判决参见“原告刘某某与被告董明、董聘华离婚后财产纠纷案”，（2016）湘1381民初1061号；“徐某与黄某离婚后财产纠纷案”，（2013）海民初字第1505号等。

[38] 关于部分解除，合同法仅在买卖合同中有所规定，具体发生在主物与从物（第164条）、标的物为数物而其中一物不符合约定（第165条）、出卖人分批交付的标的物中一批标的物不交付或者交付不符合约定（第166条）场合，其共同特点在于标的物的可分性。参见韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第353页。

[39] “婚姻法解释二”第9条使用“存在欺诈、胁迫等情形”的表述，并未完全排除当事人以重大误解或显失公平主张撤销的可能。但对于后者情形，最高院的态度似乎更倾向于留给法官在具体案件中进行个案判断，因此并未同“欺诈、胁迫”一样，明确上升到财产分割协议撤销的一般事由予以规定。

婚财产清算关系的大框架下,应适用相同的规范逻辑。换句话说,对于夫妻共同财产分割协议之外的离婚财产清算协议,若存在欺诈、胁迫等事由,应参照适用前述婚姻法及司法解释关于夫妻共同财产分割的相关规定予以处理。另外,鉴于离婚财产清算关系的复杂性和整体性,应具体考察离婚时一方“隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务”的行为是否影响到当事人在离婚协议中作出的给与子女财产条款的意思表示的真实性,以决定是否允许当事人撤销相关协议。若撤销后就该部分内容无法达成协议,则由法官在重新分割共同财产时予以一并处理。<sup>[40]</sup>

## (二) 父母与子女关系维度

前文分析可知,离婚协议的当事人为夫妻双方,但其中涉及子女的财产给与约定,依然可以引入为第三人利益合同的规范构造。如果从为第三人利益合同的构造来理解“于某某案”中夫妻双方的共同处分行为,则会得出不同于“于某某案”之“典型意义”中的分析结论。换句话说,案涉条款之所以不能任意撤销,并非因为撤销权的行使需要夫妻双方共同的同意,而是因为夫妻双方之间存在的为第三人利益合同关系,导致任何一方都不能违反该合同的约定,不履行向第三人的给付义务。

在为第三人利益合同的构造下,还可以进一步明确子女在离婚协议下的法律地位。依传统观点,在为第三人利益合同中,第三人并不需要参与合同或为承诺,就可直接取得请求给付的权利。<sup>[41]</sup>因此,离婚协议中给与子女财产的约定,同样不需要子女作出同意的意思表示,对于未成年人自然也无须法定代理人的追认或同意。一旦协议生效,子女即可独立地提出给付请求。

需要进一步说明的是,依传统观点,在为第三人利益合同中,第三人的权利因第三人表示享受其利益之意思而确定。而在第三人为此表示前,当事人得变更或撤销相关合同。<sup>[42]</sup>至于“享受利益的意思”,一般为纯获法律上利益的行为,故第三人虽为限制行为能力人,原则上也可单独作出,而无民事行为能力人,依然只能由其法定代理人代理其作出意思表示。学理上认为,这种接受利益的表示也可以默示方式作出,“比如第三人对债务人请求给付或提起给付之诉,或使用债务人所送交之物或让与其请求权时,可认为有享受利益的意思表示”。<sup>[43]</sup>因此,在“于某某案”中,若未成年子女高某已经使用该房屋,可理解为其以默示的方式接受了该合同,因此原则上可以排除离婚协议的双方事后变更或撤销该约定。

必须承认的是,在离婚协议中,前述观点尚有可争议的空间。对于为第三人利益合同之当事人撤销或变更的权利的这种限制,在英美法上就曾有所质疑,认为既然合同并无第三人的参与,应允许当事人通过协议再次取消第三人的权利。而第三人由此遭受的信赖损

[40] 关于法官撤销之前离婚协议中的整体财产安排而重新判决分割共同财产的做法,可参见“张宏与李秀华离婚后财产纠纷案”,(2013)黑监民再字第25号。该案中,再审法院撤销了当事人在对方承诺复婚(事后并未复婚)下达成的财产分割协议,对于双方婚姻关系存续期间的共同财产作出了重新分割,其中也包括之前离婚协议中有关“赠与”子女房屋约定的内容。

[41] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第615页。

[42] 同上书,第622页;张家勇:《为第三人利益的合同的制度构造》,法律出版社2007年版,第288页。比较法上类似的规定,见法国民法典第1121条、意大利民法典第1411条等。

[43] 前引[41],史尚宽书,第622页。

害，或许可以通过损害赔偿的方式加以解决。<sup>[44]</sup> 如果我们在离婚协议的语境下进一步思考父母和子女的关系，似乎也不能一味强调子女利益而无视夫妻双方的利益。如果夫妻双方在事后反悔，有其他保障未来生活等因素上的考量，在子女利益已有法定抚养义务保障的背景下，也不应完全忽视夫妻本身的利益。问题在于，若由此得出夫妻可以自由地变更或撤销之前作出的给与子女财产的安排，显然也不尽合理。引入为第三人利益合同的构造，其实益恰恰在于进一步巩固离婚协议下子女所取得的法律地位，而在平衡父母和子女利益上，更倾向于对后者的保护。<sup>[45]</sup> 虽然在离婚协议中约定给与子女财产的内容或动机会各种不同，未必涉及对子女抚养义务的具体履行，但考虑到通常情况下离婚对子女所造成的伤害，尤其是子女无法在离婚协议下直接参与合意的达成，而只能被动地接受安排，似乎更应从子女利益最大化的原则出发，在其明示或默示地表示接受财产给与的前提下原则上限制父母事后反悔或撤销的权利。<sup>[46]</sup>

进一步的问题是，在为第三人利益合同的构造中，在第三人权利确定后，若该合同本身因有瑕疵或其他消灭原因而发生变更或消灭的，第三人的权利依然会受到影响。比如，因意思表示瑕疵导致合同被撤销时，则因本合同已被撤销，第三人的权利同样不复存在。又如，因约定人不履行义务或因其他可归责之事由导致给付不能时，第三人的债权也因而转变为损害赔偿请求权。<sup>[47]</sup> 通过前文分析可知，在离婚财产清算关系的维度中，应排除夫妻双方事后因一方违约而解除合同，但依然允许当事人依据婚姻法及其司法解释的规定，以欺诈、胁迫等事由撤销相关约定。这点，即使在为第三人利益合同的构造下同样不受影响。

### （三）外部债权人维度

“婚姻法解释二”第25条规定：“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。”因此，若离婚协议仅涉及夫妻共同债务的处理问题（比如，“于某某案”中对于4.5万元债务的约定），对债权人并不直接发生效力，后者也无须行使撤销权。但对于夫妻双方作出的将个人或共同财产归属子女的约定，债权人能否以危及自身债权实现为由，主张债权人撤销权呢？

实践中，有案例认为，债务人在离婚协议中放弃了家庭共同财产的分割，将属其所有的份额归配偶、子女所有，且被告无其他可供执行的财产，属于明显的无偿转让财产的行为，对原告的权益产生了损害，从而准予撤销。<sup>[48]</sup> 也有案例认为，离婚协议书对夫妻共有财产进行的分割，系基于身份关系而产生的协议行为，不同于其他民事法律关系中财产的

[44] 参见前引〔42〕，张家勇书，第289页以下。

[45] “如果允许当事人无限制地撤销、变更合同，赋予第三人权利就和坚持合同相对性原则的情形没有太大不同，它将极大减弱确立为第三人利益合同制度的实际意义。”前引〔42〕，张家勇书，第289页。

[46] 尽管婚姻法第37条第2款规定，“关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求”，这样的安排的确也是考虑到了离婚协议下子女利益的保护问题，但不能由此得出反面结论，认为既然子女可以独立地提出抚养上的合理请求，所以应允许夫妻事后自由变更对子女所作的财产上的安排。当然，若父母双方在事后出现严重的经济困难，是否可以引入情势变更理论来允许当事人变更或撤销之前的决定，依然有理论探讨的空间。

[47] 前引〔41〕，史尚宽书，第624页。

[48] 参见“王彪与王秀根债权人撤销权纠纷一审民事判决书”，（2012）嘉平乍商初字第219号。

交易和转让行为,受婚姻法及相关司法解释的调整,而不适用合同法关于债权人撤销权的规定。〔49〕对此问题,笔者认为可以区分类型加以考虑。正如前文所言,离婚协议中父母作出的给与子女财产的约定,某些情形下虽名为“赠与”,实则涉及对子女抚养义务的具体履行方式的约定。对于这类约定,因其涉及到对抚养义务的清偿,即使于债务人的一般财产有所不利,也不宜成为撤销的对象。〔50〕但生活实践中,父母所作的财产给与行为尤其是涉及房屋权属的移转,在财产价值上往往超出必要的法定抚养费支出的限度。此时或可以类推适用“不合理的高价转让”规则,允许债权人对此类财产处理约定行使撤销权(参照合同法第74条)。至于无涉抚养义务履行内容的那些情形,虽然在前文讨论中,我们从夫妻离婚财产清算的维度上否认此类约定构成赠与(进而排除任意撤销权的行使空间),但在父母与子女关系的维度上,也即在为第三人利益合同的对价关系上,依然可以将此类财产给与行为理解为“无偿转让行为”,盖其效果上同样可能造成债务人积极财产的减少,降低其清偿债务的能力,进而损及债权人利益的实现。因此,应允许债权人在同时满足其他条件的情况下行使撤销权。但根据民事诉讼法第243条的规定,在执行过程中依然须保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用,包括必要的抚养费支出。如此安排,可以尽量避免实践中当事人通过协议离婚并将财产处分给子女的方式来逃避债务,同时又兼顾了子女的正当利益。

## 结 论

当婚姻无可挽回的破裂,婚姻共同体下形成的复杂财产关系该如何清算?复杂现实中的各种利益又该如何平衡?面对这些问题,无论多精致的法律都很难给出满意的回答。事实上,“于某某案”之“典型意义”的论述中,已经清楚意识到了离婚协议中的“赠与子女财产”条款和其他子女、财产处理条款的整体性,但对于这种整体性所形成的法律构造并未给出进一步说明,最终依然在赠与规则的规范逻辑下“左右徘徊”。

通过考察离婚协议中财产清算关系的复杂性和整体性,我们可以发现,此类“赠与”条款在性质上属于夫妻婚姻关系解除下的财产清算协议,给与财产的背后,可能涉及到抚养义务的具体履行约定、弥补离婚对子女所带来的身心伤害、为子女未来婚嫁立业提前作出安排、对实际抚养一方提供居住等经济上的便利和保障、避免家庭财产随着一方未来组建新的家庭而外流,在存在多个子女的情况下将特定财产排除在继承范围之外等诸多复杂因素。因此,此类条款虽名为“赠与”,实则缺乏赠与的意思,不应界定为赠与协议,进而排除适用合同法第186条的任意撤销权规定。

作为身份法上的“离婚财产清算协议”,因涉及多方利益之平衡,须综合考察夫妻关系、父母与子女关系、外部债权人三重维度来确定具体法律适用规则。

第一,在夫妻关系维度,离婚协议中的“赠与子女财产”条款属于离婚财产清算协议

〔49〕 参见“林小双与王宁昌、郭桂琼债权人撤销权纠纷再审复查与审判监督民事裁定书”,(2015)闽民申字第1174号。

〔50〕 学理上普遍认为,债务人作出的非财产性行为(身份行为),如结婚、收养或终止收养、非婚生子女的认领等,债权人都不能主张撤销。参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第150页;郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2003年版,第300页。此处讨论的是离婚协议中的财产清算条款若涉及到对(法定)抚养义务的清偿性质,因其基础来源于身份关系,似也应作类似的考虑。

的范畴。在婚姻关系解除所形成的清算关系中，它与离婚协议中的其他财产约定相互依存，从而具有某种“整体性”。这种整体性，既与合同法上一般双务合同的对待给付之间的牵连性有所差异，又与离婚协议中的身份关系约定相对独立。作为离婚财产清算协议，“赠与子女财产”条款与离婚财产分割协议在规范适用上具有某种相似性，原则上不能因离婚协议中个别财产约定的违约而解除。但在特定情况下，可因欺诈、胁迫等事由导致离婚协议财产处理内容的部分或整体撤销。

第二，在父母与子女关系上，子女并非离婚协议的当事人，而属于为第三人利益合同规范框架下的第三人。子女无须表示同意，未成年子女也无须法定代理人追认或代为表示同意，可以直接主张相关财产权利。原则上，子女一旦表示接受，应限制父母事后反悔或撤销相关约定。但若“赠与子女财产”条款本身存在效力瑕疵，应允许父母一方主张变更或撤销。

第三，在与外部债权人的关系上，债权人能否以保全债权的名义对离婚协议中的“赠与子女财产”条款行使撤销权，应区分不同情形加以考虑。对于名为“赠与”、实则涉及子女抚养义务履行的约定，理论上不宜成为撤销的对象。特殊情况下，对于无涉抚养义务的其他约定，其虽非“赠与”，但可归入无偿转让行为的范畴，可以考虑类推适用“不合理高价转让”的规则，为债权人行使撤销权提供可能。但即使债权人对此行使撤销权，在执行程序中同样应保障子女抚养上的基本生活需要。

---

---

**Abstract:** Mainstream legal scholars and practitioners in China, while recognizing the “gift to the children” clause as a donation clause, disagree on the applicability of Art. 186 of Chinese Contract Law, which gives a donor the right of revocation at will. Actually, according to the general principle of termination of contract in the regime of contract law, the “gifts to children” clause in divorce agreements, like the “division of marital property” clause, is a liquidation clause in divorce. It is only from the perspective of liquidation of marital property in divorce that we can explain the complex “integration” of different clauses in a divorce agreement. So, in spite of its name, the “gift to the children” clause is in fact a liquidation clause in the case of divorce, because the parties to the agreement do not have the “*animus donandi*”. The real purpose of the clause is to regulate the complicated situation of liquidation of marital properties, rather than donation, at the termination of the marriage relationship. Therefore, the aforementioned Article 186 should not be applied to this situation. To determine the specific application of law, we need to comprehensively investigate the following three relationships from a “three-dimensional point of view”, i. e. , the relationship between the divorcing parties, the relationship between the parents and the children, and the relationship between the divorcing parties and their creditors.

**Key Words:** divorce agreement, donation, right of revocation at will, liquidation clause in divorce cases, contract for the benefit of third parties

---

---